

LA IMPORTANCIA DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA EN EL SECTOR TURÍSTICO

THE RELEVANCE OF UNFAIR COMPETITION IN THE TOURISTIC SECTOR

Pilar Montero García-Noblejas¹

Esta investigación ha sido financiada por el proyecto de investigación concedido por la Generalitat Valenciana denominado: “El alojamiento colaborativo en el sector turístico de la Comunidad Valenciana”.

Resumen:

El Derecho de la competencia que regula la actividad de los operadores en el mercado tiene una importancia significativa en la medida en que permite regular la forma de actuación de los distintos competidores. Este derecho cobra una especial importancia en el sector turístico y, muy particularmente, en la actividad que desarrollan los distintos operadores turísticos en el mercado. En este sentido se muestra oportuno poner de manifiesto las principales conductas realizadas por los empresarios turísticos que pueden quedar afectadas por el Derecho de la competencia. Se muestra como especialmente importante en este ámbito la irrupción de nuevos sistemas de alojamiento y transporte que han resultado afectados en la actualidad por lo que se denomina “economía compartida”. Esta circunstancia ha ocasionado que desde numerosos sectores se haya considerado que nos encontramos ante prácticas que deben ser calificadas como competencia desleal. El objetivo de este trabajo es analizar por una parte la importancia del Derecho de la competencia en el sector turístico, así como posteriormente llevar a cabo una reflexión sobre la compatibilidad de los nuevos sistemas de economía compartida con el Derecho de la competencia.

Palabras Clave: Turismo, Derecho de la competencia, Turismo colaborativo, economía colaborativa, prácticas desleales.

Abstract:

The competition law regulating the activities of operators in the market has significant importance considering that this field of law establishes a regulation of competition between competitors in the market. This regulation is particularly important in the tourism sector and, particularly, in the activities performed by the various tour operators in the market. In this sense this paper will analyse the main behaviours of tourism businesses that may be affected by competition law. The emergence of new accommodation and transport systems that are affected today by what is called "shared economy" has particularly importance in this area. This has caused that for many sectors has been

¹ Profesora Contratada Doctora (Acreditada a Profesora Titular) de Derecho Mercantil de la Universidad de Alicante (pilar.montero@ua.es)

considered that we are dealing practices that should be classified as unfair competition. The aim of this paper is to analyse the importance of competition law in the tourism sector and subsequently carry out a reflection on the compatibility of the new systems of shared economy with competition law.

Key words: Tourism, Competition law, Tourism "peer to peer", shared economy", unfair competition practices

1. PLANTEAMIENTO

El desarrollo del turismo colaborativo está produciendo una significativa modificación en la forma de viajar y de hospedarse, tanto desde el punto de vista de los viajes de negocios como de placer permitiendo que personas que tienen habitaciones o casas o apartamentos disponibles puedan alquilarlos de forma particular, poniéndose en contacto con eventuales clientes a través de plataformas en las cuales se permite a los consumidores una búsqueda sencilla.

Nos encontramos ante unos hechos que se encuentran en claro auge, a pesar de las sombras que se ciernen sobre ellos, poniendo de relieve que la actividad económica e este sector es imparable, circunstancia que exige que se lleve a cabo un análisis de las diversas cuestiones afectadas por estas prácticas y se proponga, en su caso, una normativa adecuada. La importancia y los efectos de esta práctica se muestra especialmente significativa en la Comunidad Andaluza, en la que los propietarios de establecimientos hoteleros acusan de encontrarse en el origen y causa de la ausencia de remonte de las cifras de ocupación de los hoteles. De este modo se aprecia que en la Comunidad Autónoma Andaluza, en el año 2015, de un total de 432.768 plazas de alojamiento ofertadas, 293.985 plazas provienen de hoteles y un total de 138.783 de plazas se refieren a plazas de alojamiento peer-to-peer (p2p) o turismo colaborativo². Del mismo modo se pone de manifiesto el aumento significativo de la utilización de la plataforma Blablacar, que comenzó en Andalucía en el año 2012 y en los últimos dos años su crecimiento ha sido de más de un 400%³.

En una encuesta realizada por La Asociación para la Defensa de los Usuarios de Bancos, Cajas y Seguros de Andalucía (ADICAE) se pone de relieve que emplean esta clase de alojamiento de forma exponencialmente más alta los jóvenes (entre los dieciocho y los treinta y nueve años), familiarizados con el uso de nuevas tecnologías y más abiertos a situaciones de cambio para la contratación de productos y servicios. Del mismo modo la encuesta pone de relieve que el consumo es significativamente más alto en los encuestados con estudios universitarios, así como en el caso de los trabajadores y profesionales. En lo que se refiere al territorio de Andalucía afectado, se matiza que se trata de unas prácticas desarrolladas de forma significativa en Málaga, de manera que esta circunstancia comporta mayores desventajas en la medida en que teniendo en cuenta la

² Vid. Informe "Turismo colaborativo. Contexto nacional e internacional", elaborado por The Ostelea school of tourism & hospitality pág. 25.

³ Vid. Informe: "Realidad y Posibilidades del consumo colaborativo", ADICAE Andalucía, Diciembre 2014, pág.

afluencia turística, se trata de una zona en la que existe una amplia oferta de alojamientos que pueden resultar perjudicados⁴.

Nos encontramos ante un sistema de alojamiento que está provocando numerosas preguntas y reacciones tanto desde el punto de vista de los sectores hoteleros como desde las asociaciones de consumidores, así como por parte del gobierno y organismos encargados de regular la competencia en el mercado. Se pretende en todo caso evaluar tanto su legalidad como la compatibilidad de los mismos con las normas aplicables a los establecimientos de este tipo de turismo, así como su adecuación a la normativa reguladora del derecho de la competencia en el mercado.

En la presente comunicación se pretende, en primer término, poner de manifiesto las ventajas que presenta esta nueva forma de alojamiento para, con posterioridad realizar unas reflexiones preliminares sobre la eventualidad de que estas prácticas puedan incidir de algún modo en la normativa reguladora de la competencia, tanto en relación con la defensa de la competencia como con la competencia desleal. Finalmente se pondrán de manifiesto algunas de las normativas específicas que se han promulgado en relación con esta nueva forma de alojamiento con carácter autonómico.

2. VENTAJAS DEL TURISMO COLABORATIVO

Es preciso poner de manifiesto las indudables ventajas que presenta la economía colaborativa y que se encuentra precisamente en el origen de su éxito. Se puede resaltar en primer lugar que mediante este sistema de alojamiento se permite una asignación más eficiente de ciertos recursos que pueden estar infrautilizados, permitiendo de este modo a las personas que tienen habitaciones o viviendas sin utilizar, que aprovechen estos recursos. Se logra además multiplicar la oferta que se ofrece a los consumidores que viajan, ya sea por trabajo o por ocio, permitiendo una mayor adaptación de las viviendas a las necesidades de los futuros clientes⁵. Por otra parte se pueden apreciar afectos favorables para la competencia, dado que el aumento y la diversidad de la oferta, así como la reducción de los precios, obligan a los operadores tradicionales a innovar y plantearse estrategias distintas que les permitan atraer clientela. Adicionalmente se muestra interesante añadir que de esta manera se puede sacar a la luz numerosa economía sumergida.

La circunstancia de que este sistema de alojamiento se realice directamente con los propietarios de los recursos, con ayuda de la intermediación de una web desde el punto de vista de crear un lugar de encuentro entre oferta y demanda, facilita además la comunicación entre los oferentes y los clientes, agilizando tanto los trámites como la recepción de las informaciones. Se suele decir que de este modo existen menores costes de transacción y además disminuyen los inconvenientes de información asimétrica. No obstante debe ponerse de manifiesto que es posible que los que ofertan sus alojamientos

⁴ Vid. Informe: “Realidad y Posibilidades del consumo colaborativo”, ADICAE Andalucía, Diciembre 2014, pág. 67.

⁵ El apartado 4.6 del Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre «Consumo colaborativo o participativo: un modelo de sostenibilidad para el siglo XXI» (Dictamen de iniciativa) (2014/C 177/01) resume como ventajas del consumo colaborativo (en general, no únicamente en el caso del alojamiento) la disminución del consumo de recursos y emisiones de CO₂, el aumento de la demanda de productos de buena calidad, el aumento del ecodiseño para las experiencias de varios usuarios, la durabilidad y la repetición de personalización de productos compatibles, la mejora de la interacción social, el desarrollo comunitario y la confianza entre los ciudadanos así como la posibilidad de favorecer el acceso a productos de alta calidad para los consumidores de más bajos ingresos.

no digan siempre la verdad, quedando la supervisión y control de posibles fraudes normalmente en manos de las propias páginas que gestionan esta clase de alojamiento.

3. NORMATIVA REGULADORA DE LA COMPETENCIA EN EL MERCADO Y TURISMO COLABORATIVO

3.1.Preliminar

La circunstancia de que los particulares ofrezcan en el mercado sus alojamientos comporta la necesidad de analizar estas prácticas de conformidad con la normativa Mercantil, y esto con independencia del resultado al que se llegue en relación con la caracterización como empresarios de aquéllos que ofertan los alojamientos. En relación con esta cuestión no obstante es preciso poner de manifiesto la evolución del Derecho Mercantil según la cual no estamos ya únicamente ante el Derecho de la Empresa, sino que se ha evolucionado hacia el Derecho del Mercado. De esta manera la razón de la especialidad del Derecho mercantil ligada en un primer momento al comercio y posteriormente a la empresa, se ha convertido en la actualidad en una especialidad que se deriva de las necesidades de los operadores económicos y su actividad⁶. Esta evolución se encuentra plasmada en el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil, según el cual se pone de manifiesto esta orientación, resaltando que el Derecho mercantil vuelve a ser el Derecho de una clase de personas y de una clase de actividades, como lo fue en su origen. Si bien los protagonistas del tráfico se clasifican en productores de bienes y prestadores de servicios, de una parte, y consumidores, de otra, siendo los primeros los operadores del mercado sujetos al Código⁷.

La libre competencia entre los que operan en el mercado se encuentra limitada por las deficiencias de los mecanismos del mercado como son por ejemplo las diferencias que existen entre los bienes y servicios que se ofertan, el hecho de que existan determinados poderes en el mercado, el intervencionismo estatal así como el propio ordenamiento que en ocasiones restringe la libertad con la finalidad de proteger determinados intereses⁸. En todo caso la competencia debe respetarse, es decir, no resultar falseada con prácticas restrictivas o colusorias ni tampoco debe desarrollarse a través de conductas desleales⁹. Es decir, en nuestro sistema se permite que la competencia sea en cierta medida agresiva¹⁰, en el sentido de que un empresario puede realizar actuaciones encaminadas a ponerse por encima de los demás. De hecho esta será normalmente su intención, obtener mayor clientela y mayor éxito que el resto de operadores en el mercado. Pero una cosa es que pueda llevar a cabo una actividad de competencia en cierta medida agresiva y otra que pueda valerse de medios ilícitos o deshonestos¹¹.

⁶ GALLEGO SÁNCHEZ, E., *Derecho Mercantil Parte Primera*, Valencia 2015, pág. 40.

⁷ Cfr. Exposición del Anteproyecto de Ley del Código Mercantil, que afirma posteriormente que, la figura central del empresario ya no es la única protagonista entre los operadores del mercado sujetos al Código, concepto que también abarca a los profesionales que ejercen actividades intelectuales, sean científicas, liberales o artísticas, cuyos bienes o servicios destinen al mercado; a las personas jurídicas que, cualquiera sea su naturaleza y objeto, ejerzan alguna de las actividades expresadas en el Código.

⁸ MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., *La competencia desleal*, Madrid, 1988, pág. 22.

⁹ MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., *La competencia desleal*, op. cit. págs. 22-23.

¹⁰ En sentido amplio, siempre que no se valgan de lo que se tipifica como prácticas agresivas de las recogidas en la Ley de Competencia Desleal.

¹¹ GALLEGO SÁNCHEZ, E., *Derecho Mercantil Parte Primera*, op. cit., pág. 191.

3.2. Delimitación de los sujetos que participan en el turismo colaborativo

El respeto de la libertad competitiva implica la igualdad jurídica de los competidores¹², de manera que en este aspecto se muestra esencial determinar si existe o no igualdad entre aquéllos que ofertan los servicios. En el supuesto del turismo colaborativo se pone de relieve por tanto la conveniencia de analizar si se trata del mismo tipo de servicios (los ofrecidos por los particulares y los ofrecidos por los responsables de alojamientos hoteleros y similares).

El ofrecimiento a terceros de un alojamiento por periodos cortos de duración es un servicio que se oferta desde hace tiempo por los propietarios de los hoteles y establecimientos similares como apartahoteles o casas rurales. Este servicio se proporciona ahora además con idéntica finalidad por los particulares que ponen a disposición su vivienda, con la diferencia de que, normalmente, no lo hacen de forma profesional. En el caso de los particulares que ofertan plazas de alojamiento la frontera se encuentra por tanto en determinar si se trata de una actividad realizada de manera profesional, con una asiduidad y una organización determinadas (en cuyo caso debería tener el carácter de empresario). O bien si se trata de una actividad accesoria, carente de organización y que no se realiza de forma habitual.

En el primer supuesto planteado, el hecho de que estos profesionales que se dedican a proporcionar alojamientos de forma profesional por esta vía no queden sometidos a las mismas normativas que las que se exigen a los empresarios hoteleros les puede colocar en una situación de ventaja y desigualdad de condiciones. Circunstancia que se muestra contraria a la libre competencia en la medida en que, como anteriormente ha sido mencionado, ésta exige que exista una igualdad jurídica entre los competidores. Además de esta circunstancia, debe resaltarse que la ausencia de cumplimiento de esas normas, relativas muchas de ellas a la contratación de seguros, o a medidas de higiene así como a la responsabilidad por los problemas que puedan tener los huéspedes, puede poner en riesgo también la situación de los consumidores, en la medida en que pueden resultar perjudicados.

En el supuesto de particulares de ofertan su vivienda mediante estas plataformas de manera no profesional puede plantearse la cuestión de si la intermediación de esas plataformas y la facilidad para utilizar este sistema produce una cierta profesionalización de la actividad, que pudiera tener consecuencias desde el punto de vista del Derecho mercantil. Se trataría en este caso de un problema de proporcionalidad, del mismo modo que se aprecia en otros sectores del Derecho mercantil. En este sentido, debería tratarse igual jurídicamente hablando lo que es igual, y diferenciar lo que no puede considerarse como similar. En definitiva es necesario valorar si tiene sentido someter a un particular que alquila su casa de forma esporádica y sin ningún tipo de organización profesional a los mismos requisitos a los que se somete a un empresario, por pequeño que sea, que se dedica de forma profesional a la explotación de uno o varios alojamientos con finalidad turística.

En todo caso, lo que se muestra aconsejable es que se analice la conveniencia de una regulación, si se puede constatar la profesionalización de los que ofertan alojamientos por esta vía, además de evitar también los problemas que la ausencia de normativa puede suponer en los casos en que se encubran verdaderos empresarios que utilicen este mecanismo como medio para desarrollar una profesión de oferta de alojamientos. Pero además resulta conveniente por la necesaria protección de los terceros (normalmente

¹² SÁNCHEZ ANDRÉS, A., "Prácticas restrictivas de la competencia y competencia ilícita", *I Congreso Internacional de Derecho Industrial y Social, Sección española de CIDIS*, Tarragona 1965, pág. 670.

consumidores) que vayan a alquilar estas viviendas, en la medida en que si no existe ningún control, o si el control se deja a la autorregulación por las partes (a través de las opiniones de los usuarios por ejemplo) se produce un riesgo significativo para los contratantes de estos servicios, que no van a poder tener la adecuada protección en caso de tener problemas de cualquier tipo en las viviendas alquiladas.

Para la caracterización de los sujetos se muestra especialmente oportuno analizar las características de la intervención de las plataformas que organizan los alojamientos, teniendo en cuenta que se trata de una actividad con una fuerte organización mediante la cual se persigue ofrecer bienes y servicios a un mercado. Es posible apreciar que en ellas existe una organización de bienes de producción, y que su empleo por parte de los particulares que ofertan sus alojamientos puede tener efectos en relación con su caracterización jurídica.

3.3. Alojamiento colaborativo y legislación aplicable a la competencia

3.3.1. Preliminar

Resulta habitual, tanto en nuestro país como en los países de nuestro entorno, que se ponga de manifiesto por parte de diversas instancias que la circunstancia de que no exista una adecuada regulación de la economía colaborativa puede situar a los que se acogen a esta clase de servicios en una situación de ventaja frente a otros competidores en situaciones similares, con el inconveniente añadido de los perjuicios que esta actividad, en caso de ausencia de regulación, puede suponer para los que contratan estos servicios, especialmente en el caso de que se trate de consumidores. Es cierto que debe respetarse el principio de libertad de empresa como principio constitucionalmente reconocido, si bien esta competencia entre los que operan en el mercado debe ser leal¹³, es decir, los medios que se utilicen para atraer clientela deben ser legítimos¹⁴.

En relación con la normativa concreta de competencia susceptible de resultar de aplicación a estos supuestos, es preciso poner de manifiesto el doble marco normativo existente en nuestro Derecho en relación con la regulación de la competencia que debería analizarse. De este modo se puede resaltar que la protección de la libertad de competencia se regula por la Ley de Defensa de la Competencia¹⁵ y su honestidad por la Ley de Competencia desleal¹⁶. La circunstancia de que la oferta de alojamientos de economía colaborativa carezca de una normativa expresa podría incidir en ambos sectores, si bien de manera distinta teniendo en cuenta los diversos intereses tutelados por ambas normas.

No se pretende en el presente trabajo afirmar el carácter desleal de estas nuevas prácticas de oferta de alojamientos por particulares. Por el contrario, el objeto del mismo es poner de manifiesto los dos ámbitos de la normativa de derecho de la competencia que podrían resultar aplicables en caso de que, como se aprecia en la actualidad, se haga referencia a la posibilidad de que se trate de prácticas contrarias a la competencia o desleales. Del mismo modo es preciso matizar que los resultados de esta investigación serían distintos en los casos en los que el consumo colaborativo se refiera a la utilización de vehículos a motor como forma de desplazamiento, pues la existencia de una normativa específica

¹³ GARRIGUES, J., *Curso de Derecho Mercantil*, I, Madrid, 1983, pág. 208.

¹⁴ SÁNCHEZ ANDRÉS, A., “Prácticas restrictivas de la competencia y competencia ilícita”, *op. cit.* pág. 669.

¹⁵ Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (En adelante LDC).

¹⁶ Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (En adelante LCD), SÁNCHEZ ANDRÉS, A., “Prácticas restrictivas de la competencia y competencia ilícita”, *op. cit.* pág. 669.

aplicable a los mismos debería suponer que su incumplimiento tuviera unas consecuencias distintas.

3.3.2 Normativa sobre Competencia Desleal

En relación con la normativa reguladora de la competencia desleal, deberá tenerse en consideración que la legislación aplicable será la Ley de competencia desleal. La exposición de motivos de esta Ley resalta la relación existente entre el principio de libertad de empresa y el principio de libertad de competencia. Relaciones de las que se desprende la necesidad de establecer los mecanismos adecuados para impedir que este principio pueda verse falseado por prácticas desleales, susceptibles, eventualmente, de perturbar el funcionamiento concurrencial del mercado. Se añade además como este requisito constitucional encuentra un refuerzo y complemento en la exigencia que se deriva del principio de protección del consumidor, en su calidad de parte débil de las relaciones típicas de mercado, acogido por el artículo 51 del texto constitucional¹⁷. De conformidad con el cambio sufrido por esta Ley, el Derecho de la competencia desleal no se encuentra dirigido a resolver los conflictos entre los competidores, sino que se trata de un instrumento de ordenación y control de las conductas en el mercado. Mediante esta normativa se protege por tanto, de manera directa, la institución de la competencia.

La estructura de la Ley de competencia desleal acoge una cláusula general, aplicable en todos aquéllos casos en los que no se encuentre tipificada la conducta desleal, seguida de una enumeración ejemplificativa de prácticas desleales. Si se analizan las distintas conductas tipificadas de manera expresa se puede apreciar la dificultad para encuadrar el alojamiento colaborativo en alguna de ellas. Por este motivo, se muestra adecuado llevar a cabo unas primeras reflexiones sobre la compatibilidad de esta actividad con la cláusula general. No obstante se puede apuntar que, según la forma concreta de realización de la conducta, se podría incurrir en otro tipo de conductas desleales tipificadas en la Ley, como por ejemplo los actos de engaño o bien en actos que suponen la violación de normas (particularmente en los supuestos de consumo colaborativo referido a los medios de desplazamiento en vehículos a motor).

En relación con la aplicación de la cláusula general, el hecho de que se haya producido con las últimas modificaciones de la Ley una fragmentación del derecho de la competencia¹⁸, nos obliga a tener en consideración tanto la primera como la segunda cláusula general, que será la que se destina específicamente a las relaciones con consumidores y usuarios.

Para una correcta aplicación de la norma resulta oportuno analizar en este caso el ámbito subjetivo de aplicación de ambos tipos de cláusulas. Esto es así en la medida en que, a pesar de que a primera vista parece que en los supuestos de la economía colaborativa se aplicaría preferentemente la segunda cláusula general, dado que no nos encontramos claramente ante relaciones entre operadores o competidores, esto puede no ser así, teniendo en cuenta que el sujeto activo de la relación debe ser, según la segunda cláusula general, un empresario o profesional¹⁹. Resulta por tanto determinante la definición que

¹⁷ Exposición de motivos de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal.

¹⁸ MASSAGUER, J., *El nuevo derecho contra la competencia desleal*, Navarra, 2006, págs. 38 y ss.; GALLEGOS SÁNCHEZ, E., *Derecho Mercantil Parte Primera*, op. cit., pág. 200. TATO PLAZA, A./FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P./HERRERA PETRUS, C., *La reforma de la Ley de Competencia Desleal*, La Ley, Madrid, 2010, págs. 34 y ss.

¹⁹ El ámbito subjetivo de aplicación, en el caso de la primera cláusula general, se refiere a cualquiera que participe en el mercado, en cambio en la segunda cláusula, el sujeto activo debe ser un empresario o profesional. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, A. Artículo 4 “Cláusula general”, en *Comentarios a la*

se realice de las palabras “empresario” y “profesional”, para poder concretar si el usuario que cede su vivienda en los supuestos de economía colaborativa puede encuadrarse en alguno de ellos. Este término en la Directiva sobre las prácticas comerciales desleales se define como: *“cualquier persona física o jurídica que, en las prácticas comerciales contempladas por la presente Directiva, actúe con un propósito relacionado con su actividad económica, negocio, oficio o profesión, así como cualquiera que actúe en nombre del comerciante o por cuenta de éste”*. Definición que se contrapone a la de consumidor que será: *“cualquier persona física que, en las prácticas comerciales contempladas por la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad económica, negocio, oficio o profesión”*²⁰.

Se trata de una cuestión que reviste cierta dificultad teniendo en cuenta que, si bien normalmente los particulares que ofrecen su vivienda lo hacen de forma paralela a su profesión u oficio, la dedicación y el trabajo que esta actividad les impone, así como la intermediación de las páginas web, podría permitir que se pusiera en duda la circunstancia de que no pueda calificarse como una actividad en cierta medida profesional. Tal y como antes se ha recordado, lo esencial para determinar que una actividad se ejerce con profesionalidad es el hecho de que exija una cierta habitualidad y continuidad en el ejercicio de la actividad, así como una organización, y una exteriorización²¹. Aspecto en el que resulta fundamental la caracterización que se realice de la actividad realizada por las páginas web que acogen estos servicios.

En todo caso, en los supuestos en que no se considere que el usuario que cede su vivienda es un empresario o profesional la cláusula general aplicable debería ser la primera. Esto es así en la medida en que el ámbito subjetivo de la Ley de competencia desleal española, a diferencia de la Directiva sobre las prácticas comerciales desleales, establece dentro del ámbito subjetivo de aplicación que la Ley será aplicable a *“los empresarios, profesionales y a cualesquiera otras personas físicas o jurídicas que participen en el mercado”*²².

En orden a poder insertar la conducta de los particulares que ofertan alojamientos a través de la economía colaborativa dentro de la cláusula general de competencia desleal, es preciso analizar si nos encontramos ante un comportamiento que pueda estimarse como *objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe*. Para interpretar lo que debe

Ley de Competencia Desleal, BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO (Dir), Aranzadi, Navarra, 2011, pág. 106.

²⁰ Cfr. art. 2.a) de la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de mayo de 2005 relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, que modifica la Directiva 84/450/CEE del Consejo, las Directivas 97/7/CE, 98/27/CE y 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (CE) no 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo («Directiva sobre las prácticas comerciales desleales»). Debe tenerse en cuenta la diferencia que existe con la definición de consumidor en la legislación española que incluye además a las personas jurídicas. Así vid. art. 3 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, según el cual serán consumidores o usuarios *“las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión. Son también consumidores a efectos de esta norma las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial”*.

²¹ Sin que sea esencial en cambio el fin de lucro, vid. GALLEGO SÁNCHEZ, E., *Derecho Mercantil Parte Primera*, op. cit., pág. 55.

²² Cfr. art. 3.1. LCD. Vid. en este sentido BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, A. Artículo 4 “Cláusula general”, op. cit. pág. 106.

estimarse como buena fe objetiva es preciso tener en cuenta las normas de corrección que deben regir en el tráfico económico²³.

La jurisprudencia ha definido al artículo 4 de la Ley de Competencia Desleal como un límite en el ejercicio de los derechos subjetivos, es decir, un límite del desarrollo de una actividad en el tráfico económico. Se subordina así la libre iniciativa y su desenvolvimiento a unos modelos de conducta socialmente aceptados y requeridos, ponderados en la perspectiva del buen orden en el funcionamiento del mercado²⁴. Según la jurisprudencia esta cláusula general se infringe cuando se contravienen los usos y costumbres admitidos como correctos por todos los participantes en el mercado, pues la buena fe, legalmente contemplada, no es sino la confianza o justa expectativa que, en relación con la conducta ajena, tiene quien concurre en el mismo, determinada por lo que es usual en el tráfico jurídico²⁵.

En todo caso, para la aplicación de esta cláusula es indiferente que haya existido mala fe subjetiva del autor, así como tampoco es necesario que se haya producido un perjuicio. La interpretación de esta cláusula general responde a la finalidad de la Ley que se basa en un modelo de competencia basada en las propias prestaciones o competencia por el esfuerzo²⁶. Es decir, que el que opera en el mercado debe tener éxito por las bondades de sus productos y/o servicios que ofrece y por las condiciones en las que lo hace, pero no por encontrarse en una situación de ventaja injustificada frente a los demás oferentes.

En caso de que se califique al sujeto activo de la relación como empresario o profesional, sería procedente tener en cuenta la aplicación de la segunda cláusula general. En estos supuestos es preciso resaltar que el ámbito objetivo de aplicación sufre una limitación, en la medida en que no se tiene en cuenta la buena fe con carácter general, sino que el comportamiento será desleal siempre que sea contrario a la *diligencia profesional exigible*. Diligencia que posteriormente define la propia Ley como el nivel de competencia y cuidados especiales que cabe esperar de un empresario conforme a las prácticas honestas del mercado²⁷.

No obstante no se quedan ahí las diferencias, en la medida en que además la práctica debe tener tal entidad que distorsione o pueda distorsionar de manera significativa el comportamiento económico del consumidor medio o del miembro medio del grupo destinatario de la práctica, si se trata de una práctica comercial dirigida a un grupo concreto de consumidores. Precizando la Ley posteriormente que se entenderá por comportamiento económico del consumidor o usuario, así como lo que debe entenderse por distorsionar de manera significativa su comportamiento.

En el primer caso, se entiende por comportamiento económico del consumidor o usuario toda decisión por la que éste opta por actuar o por abstenerse de hacerlo en relación con diversos factores como la selección de una oferta u oferente, o bien la contratación de un bien o servicio, así como, en su caso, de qué manera y en qué condiciones contratarlo, el pago del precio, total o parcial, o cualquier otra forma de pago, la conservación del bien o servicio o bien el ejercicio de los derechos contractuales en relación con los bienes y servicios.

²³ En relación en general con la interpretación de la cláusula general BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, A. Artículo 4 "Cláusula general", *op. cit.* pág. 100.

²⁴ STS de 3 de julio de 2008 y STS de 8 de abril de 2014.

²⁵ STS 1 de junio de 2010 y STS 16 junio de 2009.

²⁶ MASSAGUER, J., *Comentario a la ley de competencia desleal*, Madrid, 1999, pág. 154.

²⁷ GALLEGOS SÁNCHEZ, E., *Derecho Mercantil Parte Primera*, *op. cit.*, pág. resalta la diferencia con la buena fe, en la medida en que esta última proporciona niveles de competencia o cuidados distintos de los que suministran las prácticas honestas del mercado.

Y, en el segundo supuesto, se ofrece una definición de lo que se entiende por distorsionar de manera significativa el comportamiento económico del consumidor medio, en la medida en que será utilizar una práctica comercial para mermar de manera apreciable su capacidad de adoptar una decisión con pleno conocimiento de causa, haciendo así que tome una decisión sobre su comportamiento económico que de otro modo no hubiera tomado.

En todo caso, para la valoración de las conductas cuyos destinatarios sean consumidores, se tendrá en cuenta siempre al consumidor medio, entendido según la jurisprudencia de la Unión Europea como el consumidor normalmente informado, razonablemente atento y perspicaz²⁸. Finalmente, en relación con esta segunda cláusula general, puede resaltarse que en los supuestos en los que estas prácticas destinadas a los consumidores únicamente sean susceptibles de distorsionar de forma significativa el comportamiento económico de un grupo claramente identificable de consumidores o usuarios especialmente vulnerables, se tendrá en cuenta la práctica desde la perspectiva del miembro medio de ese grupo²⁹.

En el supuesto hipotético de que se considerase posible incluir el alojamiento colaborativo dentro de la cláusula general, debe recordarse que entonces no se muestra oportuno alegar la infracción de ninguno de los otros actos tipificados por la Ley, dado que la jurisprudencia es tajante a la hora de establecer que la cláusula general no constituye un principio abstracto que deba ser objeto de concreción en las normas siguientes, sino que establece una norma jurídica en sentido técnico, de manera que si se alega la infracción de la cláusula general no deberán concurrir ninguna de las figuras tipificadas a lo largo del articulado de la Ley³⁰.

Ya sea en virtud de una u otra cláusula general, la relación del alojamiento colaborativo con la competencia desleal sería susceptible de fundamentarse en su caso en la circunstancia de que se trate de prácticas no conformes con el principio de la corrección profesional que pueden poner en desventaja a unos prestadores de servicios frente a otros³¹. Si esta premisa puede demostrarse, se trataría de conductas que pueden sorprender la confianza en el mercado en un desarrollo normal de las prácticas comerciales, poniendo a los operadores económicos en situaciones a las que no están habituados. Del mismo modo podría estimarse que se trata de prácticas susceptibles de distorsionar de forma injustificada el funcionamiento de la competencia en el mercado³². Si bien en el supuesto del alojamiento debe tenerse en consideración que asistimos a una modificación significativa del mercado de alquiler, que carece de regulación específica por el momento. El hecho de que en la actualidad los particulares puedan sustituir en cierta medida a la oferta hotelera se ha producido por el desarrollo exponencial de los medios de comunicación y de internet. Estas circunstancias deben ser tenidas en cuenta a la hora de enjuiciar la conducta, y también a la hora de valorar sus incumplimientos. Como antes ha tenido ocasión de afirmarse con carácter preliminar, no parece que el resultado a esta cuestión deba ser igual en el caso del alojamiento colaborativo que en el supuesto de los vehículos a motor.

²⁸ STJCE 16 de Julio de 1998 (caso *Gut Springenheide*).

²⁹ Debe tratarse de consumidores especialmente vulnerables por presentar una discapacidad, por tener afectada su capacidad de comprensión o por su edad o su credulidad, y esto será así siempre que el empresario o profesional pueda preverlo razonablemente Vid. art. 4.3 LCD.

³⁰ STS 1 de Junio de 2010 que afirma que: “Reiteradamente ha declarado esta Sala que la cláusula genérica es sólo aplicable a actos no contemplados o tipificados en los arts. 6º a 17 LCD y que, por consiguiente, es improcedente acudir a la fórmula general para combatir conductas que están tipificadas en particular en otras disposiciones”.

³¹ GHIDINI, G., *La concorrenza sleale*, Turín 1982, pág. 209.

³² BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, A. Artículo 4 “Cláusula general”, *op. cit.* págs. 101-102.

En el caso del alojamiento colaborativo, teniendo en cuenta las dificultades para apreciar que, ante la ausencia de normativa específica, se pueda considerar que los particulares están llevando a cabo actos de competencia desleal, es preciso regular esta actividad de manera adecuada. De conformidad con las orientaciones expresadas por la Comisión Nacional de Mercados y Competencia, la regulación que se ofrezca debe ser en todo caso proporcionada, orientada por el interés general y sin establecer barreras. Pues una regulación innecesaria o desproporcionada perjudicaría a los consumidores y al interés general, además de suponer un obstáculo a la competencia efectiva.

3.3.3. Normativa sobre Defensa de la Libre Competencia

En relación con la normativa de la Libre Competencia es preciso mencionar que la exposición de motivos de la Ley de Defensa de la Competencia recuerda la necesidad del respeto del principio de libertad de empresa y afirma la conveniencia de disponer de un sistema que, sin *intervenir de forma innecesaria* en la libre toma de decisiones empresariales, permita contar con los instrumentos adecuados para garantizar el *buen funcionamiento de los procesos del mercado*³³. Como anteriormente ha sido avanzado, la libertad de competencia exige previamente que exista igualdad entre los que compiten en el mercado, circunstancia que es precisamente lo que es posible considerar que se está modificando en el caso del turismo colaborativo. De esta manera, si se aprecia que la irrupción de las páginas web y los nuevos mecanismos de comunicación comportan una cierta profesionalización de esta actividad (a pesar de que se realice por particulares), el respeto del principio de la competencia e igualdad entre los operadores económicos debería suscitar la reflexión sobre la procedencia de establecer normas que, de forma proporcionada, aseguren un equilibrio entre los que ofrecen estos servicios en interés de todos los que participan en el mercado.

Además de la afectación de la libre competencia por la falta de igualdad entre los que compiten, es posible mencionar la posibilidad de que la entidad y los efectos que la economía colaborativa pueden tener en el mercado comporten la aplicación de la normativa de Defensa de la Competencia por otra vía, pero únicamente en los casos en los que previamente se haya llegado a una respuesta positiva en relación con su consideración de ilícito de competencia desleal (que, tal y como ha sido avanzado con anterioridad, no se muestra evidente en el supuesto concreto del alojamiento colaborativo, pero en cambio podría producirse en otros sectores de la economía colaborativa).

En este sentido se debería tener en cuenta lo dispuesto en el artículo tercero de la Ley de Defensa de la Competencia según el cual “*La Comisión Nacional de la Competencia o los órganos competentes de las Comunidades Autónomas conocerán en los términos que la presente Ley establece para las conductas prohibidas, de los actos de competencia desleal que por falsear la libre competencia afecten al interés público*”. La inclusión de este apartado faculta a los organismos encargados de la vigilancia del respeto de la competencia para que puedan reprimir ciertos actos de competencia desleal (cuya protección se confía en principio a la vía jurisprudencial) si bien únicamente en supuestos de competencia desleal que tengan unos efectos especialmente gravosos³⁴.

En todo caso, para que sea posible aplicar este precepto deben cumplirse determinados requisitos. En primer término debe existir como presupuesto ineludible un acto que pueda

³³ Cfr. Exposición de motivos de la LDC que añade también que: “*la defensa de la competencia complementa a otras actuaciones de regulación de la actividad económica y es un instrumento de primer orden para promover la productividad de los factores y la competitividad general de la economía*”.

³⁴ MASSAGUER, J., *Comentario a la ley de competencia desleal*, op. cit. pág. 71.

ser calificado como de competencia desleal en el sentido anteriormente analizado según la normativa de Competencia Desleal³⁵. Posteriormente este acto debe tener tal entidad que sea capaz de distorsionar de manera grave las condiciones de competencia en el mercado, es decir, que pueda comportar una grave perturbación en los mecanismos que regulan el mercado. En este sentido se aprecia que debería consistir en la supresión de las condiciones necesarias para la existencia de competencia, en definitiva lo relevante debería ser que se analice si el comportamiento puede impedir el acceso, consolidación o mantenimiento de los operadores en el mercado³⁶. Finalmente se exige además que esta distorsión afecte al interés público. El interés público que se exige en este caso no debe confundirse con el interés público que se protege por toda la legislación de competencia, dado que ese es inherente a la propia existencia de la conducta analizada como desleal. El interés público que se exige en este caso se añade a ese, y consiste en que la conducta debe tener una importancia cualitativa que le permita afectar de forma significativa al mantenimiento de la promoción o de la competencia en el mercado³⁷.

De conformidad con pronunciamientos jurisprudenciales, en estos casos se produce una modificación de la relevancia de un comportamiento que, en principio, tiene una dimensión únicamente jurídico-privada. Con esta ampliación los comportamientos desleales que en principio sólo afectan a los operadores privados que actúan en el mercado³⁸, adquieren un carácter público que va a permitir su represión independiente a cargo de la autoridad administrativa encargada de velar por la defensa de la competencia. La justificación reside en que en ocasiones determinados comportamientos desleales de unos operadores respecto de otros desbordan sus efectos perjudiciales meramente privados e inciden de lleno, y de modo desfavorable, en los intereses colectivos que la Administración Pública ha de tutelar. Así la protección de unos operadores frente a las conductas desleales de otros trasciende el interés meramente privado de éstos y deriva también del "*interés colectivo de los consumidores y el propio interés público del Estado*"³⁹. De forma que, tal y como reitera la jurisprudencia, lo que antes era mero conflicto intersubjetivo adquiere una dimensión pública relevante⁴⁰. Por este motivo, debe resaltarse que la posible actuación de los organismos administrativos encargados de preservar la libre competencia únicamente resultará pertinente en los casos en los que las prácticas desleales de los operadores, además de cumplir con el requisito de constituir una práctica desleal (aspecto que no resulta evidente en el caso del alojamiento), falseen de manera sensible la competencia, es decir, siempre que distorsionan gravemente las condiciones de competencia en el mercado, afectando en todo o en parte el mercado nacional y provocando una afectación del interés público⁴¹.

Es posible tener en cuenta que la actual "regularización" a la que estamos asistiendo de estas actividades mediante el establecimiento de normas concretas que vienen a intentar solventar los desequilibrios que existen entre la oferta de viviendas por particulares de forma organizada y la oferta mediante los operadores turísticos, puede revelarse como un indicio que sería susceptible que reforzar su consideración como actividad contraria a la

³⁵ Supuesto que debe enjuiciarse de conformidad con las reglas y criterios sentados en la Ley de Competencia desleal, así MASSAGUER, J., *Comentario a la ley de competencia desleal*, op. cit. pág. 72

³⁶ MASSAGUER, J., *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia*, Cizur Menor (Navarra) 2015, pág. 289.

³⁷ MASSAGUER, J., *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia*, op. cit. págs. 294-296

³⁸ Supuestos en los que la respuesta jurídica se deja a la iniciativa de los operadores mediante el ejercicio de las oportunas acciones civiles y se traduce en el resarcimiento de los daños y perjuicios privados ocasionados.

³⁹ Vid. Exposición de Motivos de la Ley 3/1991 de Competencia Desleal.

⁴⁰ Vid. STS de 4 de marzo de 2014.

⁴¹ MASSAGUER, J., *Comentario a la ley de competencia desleal*, op. cit. pág. 71.

libre competencia por la realización de actos desleales pues, en otro caso, no sería necesario establecer normativas que solventaran esos desequilibrios⁴². Si bien, como antes se ha avanzado, para que esto suceda es preciso que exista una conducta que pueda calificarse objetivamente como desleal y esto, que en otros sectores de la economía colaborativa puede apreciarse de forma más nítida, no resulta en cambio tan evidente en el supuesto del alojamiento, dado que la conducta de los particulares difícilmente puede estimarse como contraria a la buena fe objetiva.

De otra parte se ha planteado la posibilidad de que se considere que la economía colaborativa pueda resultar afectada, en determinadas circunstancias, por la normativa específica sobre ayudas públicas y, por tanto, que le resulte aplicable además otro de los sectores de la normativa de defensa de la competencia, en particular la normativa reguladora de las ayudas públicas o ayudas de Estado⁴³. Esto podría suceder en la medida en que, de conformidad con el concepto de ayuda pública, para que exista y resulte aplicable esta normativa no es preciso que se otorgue una subvención o una ayuda de manera positiva, sino que dentro del concepto de ayuda se incluye también cualquier exoneración que reduzca el presupuesto de gastos⁴⁴. Si bien, para que esta normativa pudiera ser susceptible de aplicación a la economía colaborativa sería preciso que se delimitaran cuales los elementos que ponen a unos competidores en situación de desventaja frente a otros a nivel de reducción de gastos, pues no es sencillo considerar que se encuentran en esta situación los particulares siempre que estén al corriente del pago de los impuestos y seguros a los que se vean obligados. Cuestión distinta es que se estime oportuno establecer algún otro seguro adicional, pero si la Ley no se lo exige, no se muestra oportuno sancionar esta práctica.

4. NORMATIVA ESPECÍFICA APLICABLE AL ALOJAMIENTO COLABORATIVO

La referencia a la voluntad de eliminar la competencia desleal en el sector del alojamiento colaborativo es una referencia constante en la regulación de estas actividades en las diversas legislaciones, tanto en nuestro derecho como en los de otros países de nuestro entorno.

Así, en nuestro país, puede citarse, entre otras, la Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas, en cuya exposición de motivos se pone de manifiesto de manera expresa el hecho de que en los últimos años se está produciendo un aumento cada vez más significativo del uso del alojamiento privado para el turismo. Se afirma además que este uso podría estar dando cobertura a situaciones de intrusismo y competencia desleal, que van en contra de la calidad de los destinos turísticos y por este motivo la reforma de la Ley propuesta los excluye específicamente de la aplicación de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de

⁴² Vid. STS de 4 de Marzo de 2014 en la que se afirma que: “*Por más que las consecuencias de la deslealtad inicial fueran ulteriormente mitigadas, en realidad la "regularización posterior" viene a ser una prueba adicional de que existió una conducta previa que debió reputarse ilícita en términos objetivos*”.

⁴³ LEIÑENA MENDIZÁBAL, E., “Los nuevos sistemas de utilización compartida de vehículos de transporte (“carpooling” y “car sharing”): entre la economía colaborativa y la competencia desleal, *RDM*, 296, 2015, pág. 10 de 32 (versión digital) resalta así que en estos casos, el Estado miembro que alegue la concurrencia de los elementos que integran el interés general y que permitan el otorgamiento de ayudas públicas, tiene la carga de probarlos.

⁴⁴ ALONSO UREBA, A., “II La Competencia”, en *Reseña de Derecho Mercantil de la Comunidad Económica Europea*, Madrid, 1984, pág. 563; GALLEGOS SÁNCHEZ, E., *Derecho Mercantil Parte Primera*, op. cit., pág. 187.

Arrendamientos Urbanos para que queden regulados por la normativa sectorial específica o, en su defecto, se les aplique el régimen de los arrendamientos de temporada, que no sufre modificación. La causa de esta modificación fue recogida en el Plan Nacional Integral de Turismo 2012-2015, donde indicaba que se viene produciendo un aumento cada vez mayor del uso del alojamiento privado en el turismo, si bien el uso de la oferta de alojamiento no reglado, podría estar dando cobertura a situaciones de intrusismo y competencia desleal que van en contra de la calidad y de la competitividad de los propios destinos turísticos⁴⁵.

En la exposición de motivos del Decreto 28/2016, de 2 de febrero, de las viviendas con fines turísticos y de modificación del Decreto 194/2010, de 20 de abril, de establecimientos de apartamentos turísticos en la Comunidad Autónoma Andaluza se pone de manifiesto también la voluntad de regular este sector con la finalidad de prevenir prácticas de competencia desleal⁴⁶. Así, en la exposición de motivos de la Ley se precisa que el hecho de establecer un censo de viviendas con fines turísticos en Andalucía, que se va a realizar a través del Registro de Turismo de Andalucía, es un medio adecuado para eliminar su clandestinidad y la competencia desleal en la actividad turística. Se pretende con esta normativa proporcionar medios que garanticen la seguridad ciudadana y que permitan una eficaz lucha contra el fraude. Del mismo modo se pretende velar por el cumplimiento de unos requisitos mínimos básicos de infraestructura y de calidad, como exigencias que deben supervisarse por la Administración andaluza de manera que se le atribuyen facultades de inspección y sanción en los supuestos de situaciones irregulares. Se resalta que las razones que justifican la regulación de las viviendas de uso turístico son motivaciones de interés general como la seguridad pública, la protección de las personas usuarias de servicios turísticos y la protección del medioambiente y entorno urbano. Teniendo en consideración las diferencias entre los empresarios turísticos y los particulares que ofrecen sus viviendas se establecen unos requisitos menores de los que se fijan para los empresarios turísticos, intentado asegurar una calidad básica de los mismos y una determinada atención y respeto del derecho de información de las personas usuarias.

En relación con la posible intervención de la autoridades de defensa de la competencia en este sector, es posible resaltar que la Comisión Nacional de Mercados y Competencia ha recurrido el Decreto de la Comunidad de Madrid que regula los apartamentos y viviendas de uso turístico por considerar que la limitación de que las viviendas de uso turístico puedan contratarse por un plazo inferior a cinco días establece un obstáculo a la competencia⁴⁷. La justificación que se ofrece se explica por el hecho de que de este modo se está restringiendo la capacidad de elección del consumidor, mediante la desaparición de algunos operadores (que serán los que no superen esos requisitos), o bien, también eleva los costes de los operadores, de manera que esta circunstancia puede traducirse en un aumento del precio final a pagar por los consumidores al contratar el alojamiento. Se considera por la Comisión Nacional de Mercados y Competencia que esta medida no está justificada en términos de necesidad y proporcionalidad y producirá una restricción grave para la competencia en este mercado, además de perjuicios a los consumidores, de manera que se considera oportuno su desaparición.

⁴⁵ Plan Nacional e Integral de Turismo, Ministerio de Industria, Energía y Turismo, pág. 90.

⁴⁶ Boletín Oficial de la Junta de Andalucía de 11 de febrero de 2016.

⁴⁷ Vid. art. 17.3 del Real Decreto 79/2004, de 10 de julio, por el que se regulan los apartamentos turísticos y las viviendas de uso turístico en la Comunidad de Madrid: “3. Las viviendas de uso turístico no podrán contratarse por un período inferior a cinco días y no podrán utilizarse como residencia permanente, ni alegar la condición de domicilio para impedir la acción de la inspección competente”.

Del mismo modo es posible resaltar el Anteproyecto de la Ley de Turismo de Euskadi (de 13 de febrero de 2015) en el que se pone de manifiesto que una de las finalidades de la Ley es: *“Erradicar la competencia desleal y la oferta ilegal o clandestina”*, y del mismo modo, posteriormente se afirma que *“La actividad clandestina, la oferta ilegal, el intrusismo y la competencia desleal serán objeto de control y sanción”*. En relación con estas afirmaciones es preciso mencionar las reflexiones vertidas en el informe elaborado por la Autoridad Vasca de la Competencia respecto del citado Anteproyecto. En lo que se refiere a la competencia, en este informe se manifiesta que la referencia genérica realizada en el Anteproyecto a la “competencia desleal”, no resulta procedente en la medida en que el término competencia desleal se emplea en el Anteproyecto con un contenido más amplio que el recogido en la Ley de Competencia Desleal. Por ello se considera que el texto del Anteproyecto puede inducir a error de los usuarios. Por otra parte, este documento resalta también que la Ley de Competencia Desleal establece de manera taxativa las acciones que las conductas que prohíbe pueden llevar aparejadas y las mismas tienen naturaleza judicial. Motivo por el cual estima que la referencia al control y sanción de estas conductas por las autoridades administrativas deben ser suprimidas del Anteproyecto.

Se muestra oportuno adicionalmente hacer referencia al Decreto 92/2009 por el que se aprueba el reglamento regulador de las viviendas turísticas denominadas apartamentos, villas, chalés, bungalows y similares, y de las empresas gestoras, personas jurídicas o físicas, dedicadas a la cesión de su uso y disfrute, en el ámbito territorial de la Comunitat Valenciana (modificado por el Decreto 75/2015, de 15 de mayo, del Consell, regulador de los establecimientos hoteleros de la Comunitat Valenciana). El Decreto 29/2009 tiene como una de sus finalidades paliar las disfuncionalidades que se producen en los supuestos favorecidos por el uso de nuevas tecnologías en las que se aprecian nuevas y rápidas formas de comercialización, directas y sin intermediarios, y en especial a través de las técnicas de la sociedad de la información -internet-, que facilita de manera exponencial el ofrecimiento de este tipo de plazas de alojamiento por los particulares.

No obstante el decreto pone de manifiesto que esta inmediatez en la contratación, esta aparente facilidad, no va acompañada en todos los casos, como sería deseable, de un excelente servicio, de una óptima dotación de los inmuebles, ni de unas mínimas garantías para los usuarios. Y además puede facilitar la elusión de las normas, tanto turísticas como de otro tipo, además de dificultar la investigación de las infracciones administrativas que pudieran cometerse. En este sentido la finalidad del Decreto se traduce en una voluntad de potenciar la calidad de los establecimientos y contribuir a la profesionalización del sector, instituyendo como piedra angular de la comercialización a las empresas gestoras de viviendas turísticas.

La aparición de esta y ulteriores normas destinadas a regular aspectos concretos aplicables al turismo que se realiza mediante un sistema de economía colaborativa no hace sino poner de manifiesto la conveniencia de llevar a cabo un estudio en profundidad sobre este asunto, de manera que se identifique claramente la caracterización de cada uno de los sujetos implicados y, adicionalmente, se regulen en su caso las disfuncionalidades que se aprecien en su funcionamiento para garantizar la existencia de una efectiva y leal competencia en el mercado en interés de todos los que participan en él.

5. BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO SOTO, R., “Derecho de la competencia (II). La defensa de la libre competencia en España”, en URÍA/MENÉNDEZ, *Curso de Derecho Mercantil*, Cizur Menor (Navarra) 2006, págs. 297 y ss.
- ALONSO UREBA, A., “II La Competencia”, en *Reseña de Derecho Mercantil de la Comunidad Económica Europea*, Madrid, 1984, págs. 523 y ss.
- BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, A. Artículo 4 “Cláusula general”, en *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO (Dir), Aranzadi, Navarra, 2011, págs. 93 y ss.
- GALLEGO SÁNCHEZ, E., *Derecho Mercantil Parte Primera*, Valencia 2015.
- GARRIGUES, J., *Curso de Derecho Mercantil*, I, Madrid, 1983.
- GHIDINI, G., *La concorrenza sleale*, Turín 1982.
- LEIÑENA MENDIZÁBAL, E., “Los nuevos sistemas de utilización compartida de vehículos de transporte (“carpooling” y “car sharing”): entre la economía colaborativa y la competencia desleal, *RDM*, 296, 2015, págs. 1 y ss. (versión digital).
- MASSAGUER, J., *Comentario a la ley de competencia desleal*, Madrid, 1999.
- El nuevo derecho contra la competencia desleal*, Cizur Menor (Navarra), 2006.
- Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia*, Cizur Menor (Navarra) 2015.
- MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., *La competencia desleal*, Madrid, 1988.
- SÁNCHEZ ANDRÉS, A., Prácticas restrictivas de la competencia y competencia ilícita”, *I Congreso Internacional de Derecho Industrial y Social, Sección española de CIDIS*, Tarragona 1965, págs. 667 y ss.
- TATO PLAZA, A./FERNANDEZ CARBALLO-CALERO, P./HERRERA PETRUS, C., *La reforma de la Ley de Competencia Desleal*, La Ley, Madrid, 2010.